慶應義塾大学学術情報リポジトリ
Keio Associated Repository of Academic resouces

Title	指名債権譲渡における異議を留めない承諾(二)
Sub Title	De l'acceptation sans réserves de la cession de créance (2ème partie)
Author	池田, 真朗(Ikeda, Masao)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	1989
Jtitle	法學研究 : 法律・ 政治・ 社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.62, No.8 (1989. 8) ,p.35- 65
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	論説
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19890828-0035

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the KeiO Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

指名債権譲渡における異議を留めない承諾（二）

池田真朗

一　はじめに
二　問題の所在
　一　学説の変遷
　二　判例の変遷
　三　根本的な問題の所在
三　フランス民法における無留保承諾の抗弁切断効……以上前号
四　ボアソナード旧民法草案との比較
五　起草過程の検討……以上本号
六　わが国のこれまでの学説に対する批判……以下次号
　一　石坂説
　二　鳩山説（禁反言説）
　三　公信説
　四　安達説
七　私見の概要
　一　前提的把握
　二　私見における異議を留めない承諾の法的構成と四六八条の基本的理解――二重法定効果説

四　ボアソナード旧民法草案との比較

ボアソナードは、その旧民法草案財産編三六七条に、指名債権譲渡の対抗要件、対抗要件具備の効果、等を定める規定を置いた。本稿が問題とする異議を留めない承諾による抗弁切断効も、その中に規定されている。この規定は、旧民法正文では財産編三四七条となるが、この条文については、私は既に別稿で、特にその対抗要件を定めた第一項の部分につき、ボアソナードの草案が諸般の事情から法典取調委員会の審議段階でいわば改悪されていること、それゆえ、ボアソナードの起草趣旨を正確に理解するためには、旧民法正文ではなくてボアソナードの草案（いわゆるプロジェ）の条文および起草理由を検討しなければならないことを詳述した。[1] したがってここでも、以下にはボアソナード草案を中心に取扱い、必要があれば旧民法正文を対比することとする。

まず、草案三六七条の全文を掲げておこう。初めに見るのは、別稿にも掲げたが、プロジェ第二版のものである。[2]

草案三六七条一項　指名債権の譲受人は、譲渡が、債務者に正式に送達されたかまたは債務者によって公正証書もしくは確定日付ある証書で承諾されたとき以後でなければ、自己の権利を債権者の承継人もしくは債務者に対して対抗することができない。

同二項　債務者の承諾は、彼が譲渡人に対抗しえたすべての抗弁もしくは訴訟不受理事由を譲受人に対抗することを妨げる。送達のみでは、債務者をして、その送達後に生じた抗弁を失わせるにすぎない。

同三項　右の行為のうちの一つがあるまでは、債務者の弁済、債務免除の合意、譲渡人の債権者のなした支払差止や異議、または正式に送達されもしくは承諾された債権の新規の獲得はすべて善意にてなされたものと推定され、かつ懈怠ある譲受人に対抗することができる。

同四項　承継人の悪意は法廷におけるその自白もしくは宣誓の拒絶によらなければ証明されえない。しかし譲渡人の共謀した詐欺のあったときには、その共謀はすべての通常の証拠方法で証明されうる。

同五項　裏書をもってする商業手形の譲渡に関する特別規定は、商法に規定される。

プロジェ第一版の草案三六七条では、右の第四項の後段がなく、また第五項がない。その他第一項に若干の訂正がある。[3] しかしここで問題となる異議を留めない承諾を定めた第二項は、プロジェ第一版の段階から変更がない。なお正確にいえば、さらにこの草案三六七条には、プロジェの第三版にあたる新版 (nouvelle édition)[4] の段階で、第二項として、以下の規定が追加される。

新第二項　私署証書でなされた譲渡の送達は、譲渡人と譲受人の共同のまたは譲渡人単独の申請によってなされなければならない。[5]

この規定は、特に譲渡自体が私署証書でなされるような場合に、仮装譲渡に基づく虚偽の譲渡通知がなされて真の債権者が害されたり、債務者が二重払いを余儀なくされたりするのを防ぐために追加されたものである。[6] したがって、異議を留めない承諾を規定している、第二版までの草案三六七条第二項は、新版では草案三六七条第三項となる。しかしその規定の内容は、新版でも変更がないし、また、新版で追加された新第二項は旧民法財産編三四七条の正文にはない。[7] それゆえ以下には、第二版に従い、異議を留めない承諾の規定を草案三六七条第二項として取り扱うこととする。

さて、右に訳を掲げたその第二項の原文は、以下の通りである。

L'acceptation du cédé l'empêche d'opposer au cessionnaire toutes les exceptions ou fins de non-recevoir qu'il eût pu opposer au cédant; la simple signification ne fait perdre au cédé que les exceptions nées depuis qu'elle a éte faite. [1295.]

この末尾に記載された数字は、言うまでもなく、前章に見たフランス民法一二九五条である（ボアソナードはプロジェの条文に参照条文があるときはそれを末尾に付記している。特に記述がなければ、その数字はフランス民法の条数を示す）。ちなみに、この草案三六七条については、一項の参照条文がフランス民法一六九〇条、（第二版までの）三項が同一六九一

条と明記されており、四項、五項は参照条文が付されていない（四項はフランス民法中に類似の規定がない。五項は、念のために付されたもので、規定としての特別の意味はない[8]）。したがってボアソナードは、フランス民法一六九〇条、一六九一条の両条を基本とする規定の間に、フランス民法一二九五条を参考にした規定をはさんだわけである。

しかし一方でボアソナードは、このフランス民法一二九五条にほぼそのまま相当する規定を、相殺の款にも定めている。これが、草案五四九条（旧民法財産編五二七条）である。以下にその訳文と原文を掲げよう（これも、プロジェ第二版のものである）。

草案五四九条一項　被譲債務者は、債権譲渡の単なる送達を受けただけでは、その譲渡人に対抗することができた従前の法律上の相殺の原因を譲受人に対抗する権利を失わない。

同二項　被譲債務者は、既に譲渡人に対して得た法律上の相殺についての自己の権利を留保しないで譲渡を承諾したときは、譲受人に対してその相殺を援用することを得ない。

同三項　但し右二箇の場合において、被譲債務者はその相殺を対抗できなかった金額を譲渡人から償還せしめる権利を妨げられない。

Art. 549. La simple signifficaton d'une créance faite au débiteur cédé ne lui enlève pas le droit d'opposer au cessionnaire les causes de compensation légale antérieures qu'il eût pu opposer au cédant. [1295, 2° al.]

Si le cédé accepte la cession, sans réserver ses droits à la compensation légale déjà acquise contre le cédant, il ne peut plus s'en prévaloir contre le cessionnaire; [1295, 1er al.]

Sauf, dans les deux cas, le droit de se faire rembourser par le cédant les sommes dont il n'a pu opposer la compensation.[9]

この草案五四九条は、ほとんど形を変えずに旧民法財産編五二七条になっている[10]。

そうすると、草案五四九条二項は、ほぼフランス民法一二九五条一項に等しく、無留保承諾による相殺の抗弁の切

断について規定しているのであるから、草案三六七条二項は、そこにいう「抗弁事由」の中に相殺の抗弁が含まれると解する限り、フランス民法一二九五条一項の趣旨をすべての抗弁に拡張したものであって、草案三六七条二項が草案五四九条二項を包摂することになる（その意味では五四九条二項のほうは不要の規定を念のため定めたにすぎないことになる）。

それでは、ボアソナードはこの二つの規定について、どのような起草趣旨を述べているのか。それを次に見ることにしよう。

まず、草案三六七条二項についてのボアソナードのプロジェでの説明は、以下の通りである。「①本条第二項は、以上二個の方式（三六七条一項に規定された、債権譲渡の対抗要件たる通知〔送達〕、承諾〔公正証書による承諾〕の二者を指す―池田注）の間に顕著な差異のあることを示す。すなわち、送達は、被譲債務者の参加しない行為であるから、これをもって被譲債務者を害することはできない（第三六五条参照）[11]。その結果、送達は被譲債務者に対し、彼が譲渡人に対して有し得たすべての防御の手段をその譲受人に対抗する権利を維持させる。例えば、合意や原因（コーズ）や目的の欠缺による債務の無効（絶対無効 nullité absolue）、合意や能力の瑕疵による取消（annulabilité）、債務の一部または全部についてのすべての消滅原因がそれである。②これと反対に承諾は、被譲債務者の所為（oeuvre）であるから、彼をして、一種の諸権利の放棄あるいは債務の確認によって（par une sorte de renonciation à ses droits ou de confirmation de la dette）、それらの防御手段を失わせるのである。③フランス法典は、これら二つの方式の間のこの差異を、ただ一点すなわち相殺の点においてのみ（一二九五条を見よ）指示するにすぎないが、この規定は必ず一般化しなければならない。④疑問となる唯一の場合は、無効（絶対無効）の場合である。無効は、追認によって治癒されえない。しかし債務は、もしそれが有効な原因と目的を持つならば、新たな合意と共に発生しよう。」[12]

ここではまず傍点部③に注目しよう。すなわち、ボアソナードは、最初に通知（送達）と承諾の二者の間に顕著な差

異のあることを述べ（傍点部①）、承諾は、被譲債務者自身の行為であって、一種の権利放棄あるいは債務の確認であるとみられることから、譲渡人に対して主張しえた抗弁が譲受人には主張できなくなるとして（②）、この差異を相殺の一点にのみ認めているフランス民法一二九五条の規定は、他の抗弁事由一般におしおよぼされなければならない（③）とするのである（④の部分の意味については、また後に論じる）。

そうすると、フランス民法一二九五条の規定をすべての抗弁事由に拡大しようとするこの立法は、前章に紹介したフランスの同時代の諸学説のうちのコルメ・ド・サンテール説と同一であり、また同じく前掲のボアソナードのフランス法講義で説かれたところを法文化したものにほかならない。したがってここではボアソナードがコルメ・ド・サンテールの学説に倣ったように見える。[13] この点について若干付言すると、おそらくこれは、コルメ・ド・サンテールの説とボアソナードの説が偶然に一致したというのではなく、ある程度積極的な承継関係を認めてよいように思われる。というのは、ボアソナードに対する同時代のフランス学派の影響関係については、これまであまり論じられていないが、いくつかの学説の分かれる特徴的な点で、ボアソナードの考え方はコルメ・ド・サンテールの説と一致しているのである。たとえば、この異議を留めない承諾の他に、所有権移転時期に関して意思主義を貫徹して特約による移転時期設定を認めない点、[14] 債権者取消権について、その行使が取消債権者のみでなく総債権者を利するとした点[15]が挙げられる。実際の人間関係の上でも、ボアソナードは、彼の滞日中の一八八七年から一八九六年まで三期九年にわたりパリ大学法学部長をつとめていたコルメ・ド・サンテール[16]に対して、立法作業の進捗の度合いについての報告や、旧民法典施行延期に際しての率直な心情を吐露した私信等、詳細な内容の書簡をたびたび送っていることが明らかにされている。[17] 以上の諸点からすると、今後のボアソナード旧民法研究にあたっては、このコルメ・ド・サンテール説からの影響の有無の検討に意を用いる必要があろうと思われる。ただし、本稿の論じる承諾による抗弁切断効については、少なくとも相殺に関するフランス民法一二九五条については前章にみた通り古くポチエが記述しているところ

が承継されているのであって、ボアソナードも、単にコルメ・ド・サンテールにならったというよりも、ポチエの基本的な考え方を土台に、コルメ・ド・サンテール説を採用した形で立法した、というのが最も適当な評価ではなかろうか。[18]

さて、議論をボアソナードの起草趣旨の検討に戻そう。彼は、草案五四九条の起草趣旨についてはどのように述べているのであろうか。いささか長くなるが、プロジェの該当部分を以下に訳出しよう。

「本条と以下の二ヵ条は、[19]法定相殺の黙示の放棄という、共通の性質を有する。加えて、最初の二ヵ条は、既に知られる二つの重要な理論すなわち債権譲渡および差押命令（saisie-arrêt）と相殺との困難な結合を提示している。またこれら三個の場合については、五五二条[20]が、かなり峻厳ではあるが例外をもって寛恕される原則を規定しよう。

ここで、以下のことが想起される必要がある。債権譲渡は、被譲債務者が承諾をするか、もしくは少なくとも彼に対して通知（送達）をし、かつこの二個の場合のいずれも確定日付ある証書によってされなければ、被譲債務者に対して対抗しえないということである（三六七条を見よ）。

ここにおいて、⑤この二つの方式の間には、効果について大きな差異があることがわかる。すなわち被譲債務者の承諾は、彼をして相殺を対抗する権利を、たとえそれが承諾以前に原因のある相殺であっても、失わしめる。一方通知（送達）は、その通知（送達）以降の原因によるもの以外は、相殺を対抗する利益を奪うことはない。この差異の理由は、容易に把握することができる。⑥被譲債務者は承諾をなすときは譲渡に参加しているのである。承諾は彼の所為である。⑦承諾は、被譲債務者の側からすれば、被譲債権の承認、譲受人のためにそれを認める個人的な新しい約束、を構成する。しかしながら、これは債権者の交替による更改ではない。なぜなら、譲受人は、原債権それ自体を、そのすべての特典とともに行使しうるからである。それは、⑧三六七条第二項に明言するごとく、債権の確認と債務者による彼に属しえた抗弁や訴訟不受理事由の放棄を伴う、債務の単純な承認であり、新しい権原である。譲受人の関与に関しては、それを、譲渡人からの受領権限の委任の効果とみなすことはできない、なぜなら譲受人は自己の名をもって弁済を受領しまた必要あるときは訴訟を提起しうるからである（以下中略）。

承諾を得た譲受人は、それゆえ、その企図した利益を後になって相殺の効果によって奪われることはありえない。法律は、既

得の相殺を明示に放棄しえた被譲債務者が、それを黙示になしたものと推定するのである。また被譲債務者は、五五二条が彼に許与する同様の救助策の類推によって、譲受人に対し、錯誤を理由として、その承諾に反して自らを放免させることはできない。このような場合も、⑨被譲債務者は、被譲債務者が彼に対してなした約束に期待したはずの譲受人と比べれば、常により少なくしか保護に値しないのである。

もし被譲債務者が相殺やその他すべての免責に関する彼の権利に疑いを持ち、それらを放棄しないことを欲したならば、彼は「すべての留保をなして」のみ承諾すれば十分なのである。よって法律はこの注意を指示している。

しかし獲得していた相殺の利益を失う被譲債務者は、そのために譲渡人の債権者たることをやめるわけではなく、彼は譲受人に対して相殺を失う代わりに、譲渡人に対して、通常の債権者の債権を行使しうる。そのことは、譲受人に実際に弁済をなす以前でも同様である。被譲債務者はまた、五五二条に規定する場合は、彼の当初の訴権を、その担保とともに行使しうる。

反対に通知（送達）は、被譲債務者に対してなされても被譲債務者はそれを受け取るだけで他に参加するところがない。被譲債務者は通知（送達）されることを妨げることはできず、それゆえ通知（送達）は被譲債務者を害することはできないのである。法律はそこでは、二者間の合意は第三者を害することはできず（三六五条）、彼の既得の権利を剝奪することはできないとの一般原則を適用したのである。（以下略）[21]」

以上、ボアソナードは、先の三六七条についての説明の主要部分をここでも繰り返し、通知（送達）と承諾の二つの方式の間には大きな差異があること（⑤）、その理由は承諾が債務者の参加する行為であること（⑥）を述べて、異議を留めない承諾の抗弁切断の効果を説明するという構成をとっている。したがってこの抗弁切断効が相殺の一事由に限られないことは、（この五四九条の起草趣旨には明言されてはいないが）論理的には当然ということになろう。内容的には、三六七条二項の規定と重複するものを、（三六七条二項が債権譲渡の角度から定めたのに対し）ここでは相殺の角度から規定したと言って差し支えないように思われる。

なお、五四九条二項では「自己の権利を留保しないで」なした承諾と表現しているのに対し、三六七条二項ではただ「承諾」としてある点については、先に見たフランス民法一二九五条の「単純な承諾」と一六九〇条の「承諾」

(公正証書による)に対応するものであると見てよかろう。一見すると三六七条のほうが単に限定が緩いように思われるが、三六七条の「承諾」は、その一項によって、「公正証書もしくは確定日付ある証書」によるものと限定されており、二項の「承諾」は当然それを受けていることを見落としてはならない(それだけ承諾自体が厳格である)。これに対して五四九条のほうではそのような方式の限定はないわけで、その分「無留保」という、承諾の態様についての限定が明記される理由がある、と見るべきであろう。したがって、いちがいに三六七条の承諾のほうが軽いと見るべきではないし、おそらくはボアソナードにおいても、三六七条二項にいう「承諾」(方式は一項により公正証書もしくは確定日付ある証書による)とは、証書中に抗弁を留保した承諾をも含むものとは考えられておらず(前掲引用の③部分からしても、フランス民法一二九五条〔これは「無留保承諾」[22]〕の趣旨を一般化するにあたって、留保付承諾でも抗弁切断を認める、という意味には取り難い)、それらの証書において明瞭になした承諾、すなわち留保を加えずになした承諾を念頭に置いていたものと推察してよいように思われる。ただしこの点は、現段階ではあくまでも推察に止まるのであって、さらにボアソナード自身がその趣旨を明示的に述べる資料が発見されて裏付けられることが最も望ましい(いずれにしても、要件上の不整合という批判を避けるためには、三六七条二項の承諾のほうにも、「無留保」という条件を付すべきであったと考えられる)。

それでは、ここで、ボアソナードによって考えられていた三六七条二項の「承諾」あるいは五四九条二項の「無留保承諾」の法的性質についてまとめてみよう。ボアソナードは、これらを債務の承認あるいは抗弁の放棄にあたると明瞭に述べている。当時のフランス民法学では、ドイツ流の「意思表示」あるいは「法律行為」という法律概念による論理構成を行わなかったため[23]、そこでは「意思表示」か「観念の表示」かという議論はなされていないが、承諾(無留保承諾)を「新しい約束(engagement)」と言い、「新しい権原(titre)」と言う彼の表現からすれば、それが債務の承認あるいは抗弁の放棄の意思表示にあたる、あるいは値すると考えられていたことに疑問はない。

そしてそこでは、承諾が「債務者自身のなした行為」であるというところに力点が置かれており、それが、債務者が何ら参加しない通知（送達）との効果の差異を導き、承諾（無留保承諾）には抗弁切断効が付される根拠になると説明されている。それらの承諾に抗弁切断効を与えることは結果的に債務者のそれらの承諾を信頼した譲受人の保護になるし、錯誤を主張してその承諾による抗弁切断効を免れることを認めないこともそれに資する。しかし右にかかげたプロジェの記述全体からみれば、ボアソナードは譲受人の保護も十分に考えているがそれのみを第一義的なものとして企図しているわけではなく、あくまでも債務者自らの、そのような承諾をしたという行為に対して責めを負わせるという色彩が強い。

またボアソナードは、原債権がたとえ無効でも、本来絶対無効なら追認によっても有効にならないのだが、三六七条二項の承諾があった場合、正当な原因と目的があれば、それらの承諾により新債務が発生するとしている（前掲引用部④）。なお、この点はわが国の一部学説には正しく理解・紹介されていないようである。[24]

その他の論点としては、フランスでも大いに議論されていた、第三者への影響関係の問題があるが、プロジェにはそれを直接記述するところはない。しかし彼が右引用部分末尾でも述べる合意の相対効の原則からすれば、債務者の譲受人への債務約束が債務者の保証人や抵当権者等の第三者を害することはないのではないとか推測される。

それからもう一点、検討しておかねばならないのは、プロジェ（本章の最初に述べたように、第二版である）五四九条三項の規定「但し右二箇の場合において、被譲債務者はその相殺を対抗できなかった金額を譲渡人から償還せしめる権利を妨げられない」についてである。実はこの規定は、ボアソナードの最初の草案（プロジェ初版、債務法の部分は明治一五年刊）[25]では、若干異なった表現で、初版五五〇条一項（プロジェ五四九条二項にあたる）の但書とされていた。そしてその但書が、現行四六八条一項但書の解明に際して、一つの鍵となるように思われるのである。ここではプロジェ初版の記述と、ボアソナードが明治一六年（一八八三年）二月九日に司法省で行った民法草案財産編講義の翻訳[26]から、そ

の初版五五〇条一項但書の編纂の経緯をたどろう。まず、その段階での規定は、以下のようになっていた。

財産編五五〇条　已テニ得タル相殺ニ自己ノ権利ヲ貯存スルコトナクシテ自己ニ対シテ為サレタル譲渡ヲ承諾シタル負債主ハ最早其譲渡人ニ対抗シ得シ所ノ法律上ノ相殺ヲ主張スルコトヲ得ス但シ其譲受人ニ払フヘキモノヲ譲渡人ヨリ己レニ返還セシムルハ格別トス[27]

若シ譲渡カ唯負債主ニ告知セラレタルノミノトキハ負債主ハ其告知以後ニ生シタル債主権ニ付テノ外ハ相殺ニ権利ヲ失フコトナシ

そして傍点を付した部分についてボアソナードは、「本文ニ所謂〔但シ其譲受人ニ払フヘキモノヲ譲渡人ヨリ己レニ返還セシムルハ格別トス〕ノ一句ハ本条ノ末ニ転置ス可シ」と講義しており[28]、それで初版五五〇条一項但書は第二版では五四九条三項となるのであるが（条数の変更は、初版と第二版では五四九条と五五〇条の順序が入れ代わったためである）、問題はその文言である。似たような表現であるが、プロジェ第二版のように「被譲債務者はその相殺を対抗できなかった金額を譲渡人から償還せしめる権利を妨げられない」と言えば、これは、償還（rembourser）の語に「一度渡したものを取り返す」という意味合いはあるものの、債務者が譲受人に相殺を対抗できなくなっても、債務者は譲渡人に対する債権者たる地位を失うものではない、という意味にほぼ等しくなり、フランス民法一二九五条の議論においても異論のなかった点を規定するものと言ってもよいと思われるのに対し、この傍点部のように言えば、はっきりと、被譲債権について譲渡前にたとえば一部弁済等があった場合、債務者は無留保承諾によって譲受人に全額支払うことになっても、譲渡人からそれを取り返せるということになる（しかも注(27)に掲記したように、これは翻訳の違いではなくボアソナードの原文の違いによるものである）。この初版の形は、前章にみた、オーブリ＝ロー、ボードリ＝ラカンチネリらの論じていたところ（および破棄院一八五四年判決等）に近いとも思われるが[29]（ただ、オーブリ＝ローらの記述するのは、債務者の免除や減額を譲渡人が合意したというケースで、譲渡人のなした免責行為

に対する責任が考慮されているもののようである）、それ以上に、わが国の現行民法四六八条一項但書の「但債務者カ其債務ヲ消滅セシムル為メ譲渡人ニ払渡シタルモノアルトキハ之ヲ取返シ又譲渡人ニ対シテ負担シタル債務アルトキハ之ヲ成立セサルモノト看做スコトヲ妨ケス」が、強く想起されよう。ボアソナードは、その文言を修正したことについてプロジェ初版でも第二版でも述べるところがないので、そのあたりのニュアンスの違いについては一切手掛かりがないのが残念であるが、[30] 後の章での議論の参考にしたい。

以上の考察をまとめるにあたって注意しなければならないのは、すでに別稿でも指摘したように、[31] ボアソナードは、承諾に重みを与えて、軽々な承諾によって債務者の負担が重くなりすぎないようにバランスをとっていることである。承諾を債務承認あるいは抗弁放棄の意思表示にあたるものと見てそれに抗弁切断効を全面的に認めるボアソナードの考え方は、承諾が公正証書あるいは確定日付ある証書によるものであって初めてそれに抗弁切断効を与えるバランスがとれるのである。実は、この点が大変重要である。繰り返せば、ボアソナードの論理は、承諾は債務者自らの、債権譲渡に参加する行為であり、そこが通知と異なるので、承諾の効果は通知の効果と異なって当然なのであり、自ら承諾（無留保承諾）という債務承認あるいは抗弁放棄の意思表示にあたる行為をし、それによって譲受人に期待を与えたのだから、譲渡人に対して有していた抗弁が譲受人に対しては対抗しえなくなるのも道理、という構成で、抗弁切断という強い効果を導くのである。したがって、この論理を支えるのは、債務者のなす承諾がいい加減なものではなく、債務者の意思を反映するだけのしっかりした方式に則ったものであるという認識であるのは当然である。換言すれば、ボアソナードが（おそらくはコルメ・ド・サンテール説に倣って）立法した独特の規定たる草案三六七条二項が整合性を持つためには、承諾の方式の厳格さが当然必要とされるのである。

しかしこのバランスは、実は早くも旧民法正文で若干崩れる。私が既に旧稿で論じた、草案三六七条一項のもう一つの改悪がここで問題になる。草案三六七条一項は、右に見たように、「公正証書か確定日付ある証書による承諾」

を対抗要件たる承諾の方式として定めていた。これに対し、法律取調委員会は、確定日付付与制度の設立に難色を示し、旧民法財産編三四七条一項の正文では、「公正証書若クハ私署証書ヲ以テ之ヲ受諾シタル後ニ非サレハ」と承諾の方式を緩和してしまうのである。[32] それでもなお承諾は「書面による」ものであったから、その意味ではボアソナードの二項の起草趣旨はまだ何とか生き続けられた。けれども、次章にみる現行民法四六七条の起草過程では、この点がさらに致命的に改変されてしまうのである。現行四六八条の立法の破綻の第一歩は、実にここに存在したと言ってよい。この点の詳細は、次章での考察に譲ろう。

(1) 池田・「民法四六七条におけるボアソナードの復権」手塚豊教授退職記念論文集『明治法制史・政治史の諸問題』(昭和五二年) 一〇三九頁以下。

(2) 条文は Boissonade, Projet de Code civil pour l'Empire du Japon accompagné d'un commentaire 2° éd, t. 2, 1883, p. 175-176 による(書名は以下、Boissonade, Projet と略す)。訳は池田のつけたもの。なお、池田・前掲「復権」一〇六八頁以下参照。

(3) 詳しくは、池田・前掲「復権」一〇七一~一〇七二頁の注(2)から注(6)参照。

(4) この新版(nouvelle édition)は、ボアソナードが第二版の内容で法律取調委員会に提出した草案が日本人委員の手によって修正されて旧民法正条となり、その(ボアソナードの意にそわない修正・削除を含む)旧民法についての理由書の執筆を命じられたときに、その代わりに、ボアソナードの起草の意図を書き残すために執筆を許されたものである。この経緯については、大久保泰甫・ボアソナアド一六八頁参照。旧民法理由書については、池田・前掲「復権」一〇七四頁以下の「付・旧民法理由書解題」参照。

(5) 原文は、Boissonade, Projet, nouvelle éd, 1981, t. 2, p. 202

(6) Boissonade, Projet, nouvelle éd, 1981, t. 2, n° 177, p. 217-218, esp. note (b). ちなみにこの追加は、あるいは私が旧稿で指摘した、通知をなす主体についての法律取調委員会における(誤訳をともなったかと思われる)修正への対応を意図したものかもしれない(譲渡自体が私署証書で通知が譲受人からなされるということになれば、虚偽の譲渡証書を作成してそれを根拠に譲渡の送達を申請するということができやすくなってしまう)。池田・前掲「復権」一〇四八~一〇五五頁参照。

(7) 旧民法財産編三四七条を参照のため掲げておく。

財産編三四七条①記名証券ノ譲受人ハ債務者ニ其譲受ヲ合式ニ告知シ又ハ債務者カ公正証書若クハ私署証書ヲ以テ之ヲ受諾シタル後ニ非サレハ自己ノ権利ヲ以テ譲渡人ノ承継人及ヒ債務者ニ対抗スルコトヲ得ス

②債務者ハ譲渡ヲ受諾シタルトキハ譲渡人ニ対スル抗弁ヲ以テ新債権者ニ対抗スルコトヲ得ス又譲渡ニ付テノ告知ノミニテハ債務者ヲシテ其告知後ニ生スル抗弁ノミヲ失ハシム

③右ノ行為ノ一ヲ為スマテハ債務者ノ弁済、免責ノ合意、譲渡人ノ債権者ヨリ為シタル払渡差押又ハ合式ニ告知シ若クハ受諾ヲ得タル新譲渡ハ総テ善意ニテ之ヲ為シタルモノトノ推定ヲ受ケ且之ヲ以テ懈怠ナル譲受人ニ対抗スルコトヲ得

④当事者ノ悪意ハ其自白ニ因ルニ非サレハ之ヲ証スルコトヲ得ス然レトモ譲渡人ト通謀シタル詐害アリシトキハ其通謀ハ通常ノ証拠方法ヲ以テ之ヲ証スルコトヲ得

⑤裏書ヲ以テスル商証券ノ譲渡ニ特別ナル規則ハ商法ヲ以テ之ヲ規定ス

(8) この点についても、池田・前掲「復権」一〇七一～一〇七二頁の註（2）～（6）に掲げた原文参照。

(9) 原文は、Boissonade, Projet, 2e éd, p. 675-676. 訳文は池田のつけたもの。

(10) 一項の原文で「従前の法律上の相殺の原因」と訳出した部分が、草案での les causes de compensation légale antérieures から les causes antérieures de compensation légale と語順を修正され、三項では「金額」が「金額または有価物」les sommes ou valeurs と追加されているだけである。V. Boissonade, Code civil de l'Empire u Japon, accompagné d'un exposé des motifs, 1891, t. 1er, texte, p. 212. なおこの資料が、前注（4）に掲げた「旧民法理由書」（未公刊）の原文であるが、表向きはこの資料を旧民法理由書の「公定訳」traduction officielle と扱っている。詳細は池田・前掲「復権」一〇七四頁以下参照。

なお旧民法財産編五二七条を念のため掲げておこう。

財産編五二七条①債権ノ譲受人カ其譲受ヲ債務者ニ告知シタルノミニテハ債務者ハ譲渡人ニ対シテ従来有セル法律上ノ相殺ヲ以テ譲受人ニ対抗スルノ権利ヲ失ハス

②債務者カ譲渡人ニ対シテ既ニ得タル法律上ノ相殺ノ権利ヲ留保セスシテ譲渡ヲ受諾シタルトキハ債務者ハ譲受人ニ対シテ其権利ヲ申立ツルコトヲ得ス

③右二箇ノ場合ニ於テ債務者カ相殺ヲ申立ツルコトヲ得サリシ金額又ハ有価物ヲ譲渡人ヲシテ自己ニ償還セシムルノ権利ヲ妨ケス

ちなみにこの旧民法財産編五二七条一項では、créance を「債権」と訳しているが、前注（7）に掲げた同三四七条一項では、créance nominative を「指名債権」ではなく「記名証券」と訳している。この訳し方の違いがどういう理由によるものかは、今日まで明らかになしえなかった。

(11) 草案三六五条は、「合意の当事者間に限定される効力」について規定するものである（旧民法財産編三四五条にあたるが、後段の文言は多少異なる）。その訳文は以下の通り。

草案三六五条 合意は、一般に、契約当事者間およびその承継人に対してのみ効力を生じる。合意は、法律に定めた場合で、かつ法律に定めた条件に従うときでなければ、第三者を利することなく、またこれに対抗することができない。

ちなみに、旧民法およびその草案では、財産編第二部（人権及び義務）第一章（義務の原因）第一節（合意）第三款（合意の効力）の第二則に「第三者に対する合意の効力」と題して一一ヵ条を置いている。この先頭の条文が右の財産編三四五条（草案三六五条）であり、その、「合意の当事者間に限定される効力」の三個の例外として、動産の二重譲渡、債権の譲渡、不動産の譲渡が規定されている。これらの規定の体系化の意味については、池田「ボアソナードにおける『第三者』の概念」法学研究五九巻六号（昭和六一年）一四頁参照。

(12) Boissonade, Projet, 2e éd, t. 2, 1883, n° 178, p. 189

(13) この点については、既に本編第二章（前号九頁）に引用した石坂論文に「我四百六十八条一項ノ規定ハ此仏法ニ於ケル少数者（これがコルメ・ド・サンテールを指すことは、他の部分に明記されている。池田注）ノ主張スル学説ニ従ヒタルモノト解スヘキカ如シ」との指摘がある。石坂・前掲論文・法学新報二四巻六号三〇頁。なお前号三六頁注（51）も参照。

(14) フランス民法一一三八条第二項第一枝の解釈において、たとえばドゥモロンブは、契約時に所有権が移転するというルールに特約による例外を認めるが(Demolombe, Cours de Code Napoléon, t. 24, Traité des contrats ou des obligations conventionelles en général, t. 1, 1868, n° 425.)、コルメ・ド・サンテールは特約による例外を認めない立場を採っている（Colmet de Santerre, Cours analytique de Code civil, 2ème éd, 1883, t. 5, n° 55.）。この点、ボアソナードは旧民法財産編三三一条（同草案三五一条）において、（停止条件にかからしめる特約を除き）コルメ・ド・サンテールと同様、特約による例外を認めないと考えていた(Boissonade, op. cit., n° 28, p. 138-139 は、すべて期限は所有権の性質と相容れないものであるとしている)。なおこの点についての詳細は、川村泰啓「比較法制度史的パースペクティブの中での日本民法典の「債権ノ目的」規定（中）」比較法雑誌二〇巻一号四五頁、四九～五〇頁参照。

(15) 取消の効果として、オーブリ＝ロー、ドゥモロンブ、プラニオルらは取消訴権を行使した原告債権者のみを利すると考え

るのに対し、コルメ・ド・サンテールやローランは、デュラントンと同様に、総債権者を利するとしていた。この点を最初に検討したのは、片山直也「立法沿革より考察した民法四二五条の意義と限界」慶應義塾大学大学院論文集一八号（昭和五八年）一六六頁以下であるが、さらに、最近公にされた佐藤岩昭「詐害行為取消権に関する一試論（二）」法協一〇四巻一二号一七五頁以下においては、ボアソナードの説とコルメ・ド・サンテールの説の類似性が明瞭に意識されて論じられている。佐藤説は、一九世紀後半のフランスにおける債権者取消権をめぐる中心的論点を、「取消」の効果が原告債権者のみに及ぶと解する（相対的効力説）のか、あるいは総債権者に及ぶと解する（絶対的効力説）のか、という点にあった、とした上で、フランスの通説・判例が立脚する相対的効力説の首唱者をドゥモロンブ、少数説たる絶対的効力説の首唱者をコルメ・ド・サンテールとし（同論文一八〇頁注6）、そのコルメ・ド・サンテールの説がボアソナード草案およびその注釈にみられるところと酷似しているとする（ただしフランスの学説をこのような単純な二分法で整理して説明してよいのか、およびこの二人をその二説の首唱者と位置づけてよいか、という点については、前掲片山論文を読む範囲では疑問もある）。

(16) Dictionnaire de biographie française, sous la direction de R. D'Amat, 1961, p. 311. なお、このコルメ・ド・サンテールの項を執筆した、コルマール控訴院判事ラプラット(Laplatte)は、以下のように記して、絶賛ともいうべき高い評価を彼に与えていることを紹介しておこう。「彼の主要著作は、彼の師ドゥマント(Demante)によって開始された Cours analytique du Code civil 全九巻の継続部分である（コルメ・ド・サンテールは第九八〇条以下を書き継いだ—池田注）。法律家ローランは、師のそれを凌ぐ弟子の著作を評価して、『継続部分は、私の知る最も見事な書物の一つである』と述べている。その思考は創意工夫に富み、その高雅な文体には、ドゥモロンブの演説的誇張もなく、トロロンの見せかけの粉飾もなく、オーブリ＝ローの無味乾燥さもない。」

(17) 大久保泰甫・ボアソナアドは、ボアソナードからコルメ・ド・サンテールあての書簡のいくつかにつき、その内容を紹介している。明治二一年一二月一八日付書簡につき同書一五三～一五四頁、明治二四年一〇月一八日付書簡につき同一六八頁、および明治二五年一二月書簡につき同一八二～一八三頁参照。前注の佐藤論文一七六～一七七頁も、この事実を挙げてコルメ・ド・サンテールとボアソナードとの影響関係を推測している。

(18) ボアソナードが旧民法草案の起草にあたってポチエの説示を大いに参考にしたことは、彼自身がプロジェの前書きで明らかにしているところである(Boissonade, Projet, 2e éd, t. 2, 1883, avertissement.)。そこでは彼は、草案がフランス民法典にもイタリア民法典にも書かれていない進展を取り入れていると述べた後で、以下のように記述する。「なおまた、当初から、とりわけこの分野では、ポチエの『債務法 Obligations』という、著者自身が、今なお債務法に関する最上の近代理論との主

要な栄誉を与えるべきローマ法に主として依拠していた、高名なかつ当然に評価の高い概論から絶えず着想を得た。」と述べている。ここから、ボアソナードのポチエに対する、さらにはローマ法に対する信頼と依拠の強さを知るべきである。今なおわが国の法務図書館に残されるボアソナードの蔵書の中に、彼自身の無数の書き込みのあるラテン語の『ローマ法大全』の大書(Academicum patisiense, Corpus juris civilis, 5e ed., Paris, 1853)があることを付記しておこう。

(19) プロジェ五五〇条は、フランス民法一二九八条を参照条文に掲げて、以下のように規定する。

草案財産編五五〇条 ①差押を受けた者は、その後自己の債権者（原文は「被差押債務者」）に対して得た債権に基づき相殺をもって差押人に対抗することができない。

②差押を受けた者は、差押以前より有した相殺の原因であっても、民事訴訟法に定めた手続および期限に従い相殺を申し立てたのでなければ、これを対抗することができない。

③右のいずれの場合においても、(差押を受けた者は)差押の金額につき差押人と共に自己の債権のため配当に加入する権利を有する。(Boissonade, Projet, 2e éd, 1883, t. 2, p. 676.)

この草案五五〇条は、一項と二項はそのままの形で(ただし二項の原文で「……以前より有した相殺の原因」と訳出した部分が、草案での les causes de compensation antérieures から les causes antérieures de compensation と語順を修正されている)、三項は一部の表現が修正・追加されて（草案では省略されていた主語「差押を受けた者は」が一項と同じように繰り返され、「差押の金額」が「差押の金額または有価物」les sommes ou valeurs saisies と変更される、等)、旧民法財産編五二八条となっている(Boissonade, Code, civil de l'Empire du Japon, accompagné d'un exposé des motifs, 1891, t. 1er, texte, p. 212.)。

またプロジェ五五一条は、フランス民法一二九九条（前章注(7)参照）を参照条文として掲げて、以下のように規定する。

草案財産編五五一条 相殺によって既に消滅した債務を弁済した者は、たとえ錯誤によってしたのであっても、不当利得返還請求権のみを行使することができる。ただし次条に記載する場合はこの限りではない。(Boissonade, Projet, 2e éd., 1883, t. 2, p. 676.)

この草案五五一条は、「たとえ錯誤によってしたのであっても」(原文 même par erreur) の部分のみが削除されて、旧民法財産編五二九条となっている (Boissonade, Code civil de l'Empire du Japon, accompagné d'un exposé des motifs, 1891, t. 1er, texte, p. 213.)。

(20) プロジェ五五二条は、参考条文として、五五一条にも掲げたフランス民法一二九九条と、イタリア民法一二九四条とを掲げて、以下のように規定する。

草案財産編五五二条「前三か条に規定する場合においては、相殺により既に消滅した債務を差押人もしくは譲受人の利益のために承認しまたは自己の債権者に弁済した者は、自己の旧債権を担保した保証、先取特権もしくは抵当権を利用することができない。ただし既に得た相殺を知らない正当の原因があったことを証明するときはこの限りではない。この場合においては旧債権はその担保およびその他の性質とともに復旧する。」(Boissonade, Projet, 2e éd., 1883, t. 2, p. 676.)

この草案五五二条は、実質的には何ら変更なく（若干の語順の相違―「差押人もしくは譲受人」の部分の二者の先後が逆になる―がみられるのみで）旧民法財産編五三〇条となっている（Boissonade, Code civil de l'Empire du Japon, accompagné d'un exposé des motifs, 1891, t. 1er, texte, p. 213.）。ここでは、債務者の譲渡人に対する反対債権に譲渡人側から提供された担保が問題とされていて、原則は相殺の行われたはずの時にそれらの担保も消滅して復活しないが、例外として、（五四九条二項に則して言えば）無留保で承諾をした債務者が相殺のあったことを知らない正当事由の存在をしたことを証明できれば、（それでも債務者は譲受人に対しては反対債権による相殺をもはや主張できないが）債務者に（譲渡人に対して）存続する反対債権に、そこに付着していた担保その他の性状を再生させようというものである。フランス、イタリアの原規定を若干詳細にした（例えばフランス民法一二九九条は、物的担保についてしか規定されておらず、保証についての言及がない）ものである。ちなみに、旧民法においても相殺はフランス民法と同様、要件が整えば当事者の意思表示を必要とせずに成立する、法上当然相殺である（旧民法財産編五二〇条〔同草案五四二条〕参照。ただ、法律が相殺を許していない場合に当事者の合意で相殺が可能になる任意相殺の規定もある〔旧民法財産編五三一条、同草案五五三条〕）。

(21) Boissonade, Projet, 2e éd, t. 2, 1883, n° 617, p. 702-704.

(22) 一二九五条一項は前掲のように acceptée purement et simplement（単に、無条件で）とあり、前章に学説を引いたように、この表現はここでいう「無留保の承諾」と同義と考えてよい。

(23) たとえば、「意思表示（déclaration de volonté）」がフランス民法学でもドイツでの意思表示論との対比において固有の意義を持つ術語として把握されて論じられるようになるのは、おそらく今世紀初頭からと考えてよい。その先駆的業績として、Saleilles, Déclaration de volonté, 1901., Meynial, De la déclaration de volonté, Rev. crit., 1902, p. 545 et ss. が挙げられる。なお、この問題の有益な研究として、J. Chabas, De la déclaration de volonté en droit civil français, 1931. がある。

(24) この点を安達・前掲論文（一）九六頁は、ボアソナード執筆・森順正訳・民法理由書の本稿本文引用部分④に相当する部分を引用して、「右引用文特にその後段によって明な如く、旧民法三四七条の譲渡の受諾は、現行の四六八条一項のそれと異り、

追認ないしは狭義の抗弁権放棄の意思表示であり、従って、一方で譲受人の善意が要求されないとともに、他方、①狭義の抗弁権放棄である以上、債務がすでに不成立、或は無効であったり或は、消滅していた場合には、意味を持ちえないものである、②従って現行民法四六八条一項但書に相当する但書が、それに付せられていなかったのは論理必然的だったといえる」と述べている。しかし、傍点部①は何を言おうとしているのか。狭義の抗弁権放棄にすぎないのだから、抗弁権を放棄するというだけで、不成立や無効や消滅を治癒するものではない、という意味としか理解できないが、それではボアソナードの見解とは全く逆である。ボアソナードは、少なくとも無効については、無効の一般の原則とは異なり承諾によって治癒される（新債務の発生となる）としているのだから、そのようなケースでも承諾が「意味を持ちえない」はずはない。さらに、傍点部②についても、本章本文に後述するように、ボアソナードは民法四六八条一項但書に相当するものを、そのプロジェ第一原案の相殺に関する五四九条一項但書で規定していた（その形が多少変わってプロジェ五四九条三項となり、そしてほぼそのまま旧民法財産編五二七条三項となる）のであるから、それが付せられていないのが論理必然との記述も、理解に苦しむ。

(25) このプロジェ初版は、第一巻が第二編前半の物権 Livre II, Des biens（一八八〇年＝明治一三年刊）、そして第二巻が右の債務法 Des obligations（一八八二年＝明治一五年刊）にあてられて、ここまでが出版されている。このプロジェ初版の翻訳が、ボアソナード氏起稿・註釈民法草案・財産編人権之部（司法省・刊年不明）全五巻であるが（同書の第一巻の冒頭に、「民法草案ニ付テノ『ボアソナード』氏註釈書」とある）、この段階では正確な訳がついておらず、あまり役には立たない。後注（27）参照。

(26) ボアソナード氏起稿・民法草案財産編講義・二・人権之部（加太邦憲・一瀬勇三郎・藤林忠良合訳、司法省刊、刊年不明）一一一九頁以下。

(27) この原文は、以下の通りである。

550. Le débiteur qui, sans réserver ses droits à la compensation déjà acquise, accepte une cession faite contre lui, ne peut plus se prévaloir de la compensation légale qu'il eût pu opposer au cédant; *sauf à se faire rembourser par le cédant ce qu'il devra payer au cessionnaire.*

Si la cession lui a été seulement signifiée, il ne perd le droit à la compensation que pour les créances nées depuis la signification.

(Boissonade, Projet de code civil pour l'Empire du Japon, accompagné d'un commentaire, Livre II-II° partie, Des obligations, 1882, p. 704-705. イタリック部分が、本文の翻訳の傍点部に該当する。)

ちなみに注（25）に述べたボアソナード氏起稿・註釈民法草案は、この五五〇条については以下のように訳出している。

第五五〇条　義務者ハ夫レハ，（義務者ヲ指ス）既ニ獲得シタル相殺ニ彼レノ（仝上）権利等ヲ貯存スルコト無ク自己（仝上）ニ対シテ為サレタル譲渡ヲ承諾スル所ノ，最早法律上ノ相殺カラ己レニ（仝上）価ヒ立ツルヲ得ス、夫レヲ（法律上ノ相殺ヲ指ス）彼レカ（義務者ヲ指ス）譲渡人ニ対抗シ得タル所ノ己レニ（仝上）譲渡人ヨリ返還セシムルコトニ取除ク、彼レカ（仝上）譲受人ニ弁済セネハナラヌ所ノモノヲ若シ譲渡カ彼レニ（義務者ヲ指ス）唯告知セラレテ有リシナラハ，彼レハ（仝上）相殺ニ権利ヲ失ハヌ、告知以来生シタル債主権ニ付テニアラサレハ。

（ボアソナード氏起稿・註釈民法草案・財産編人権之部第五巻、五四八条から始まる頁の一五頁〔頁のノンブルは、約三〇頁前後の一区切りごとに一から繰り返している〕。右の引用部中の「，」の使い方も原文通り）。

(28)　前掲民法草案財産編講義・二・人権之部一一三〇頁。

(29)　前章注（47）（48）（49）参照。

(30)　プロジェ初版の記述は、ほぼ第二版のそれと等しく、全部で二一行ほど第二版の記述が増えているだけである。その増加分のほとんどは、「債務者の承諾が被譲債権の承認すなわち個人的な新規の約束を構成する」と述べたあとに、しかしそれは債権者の交代による更改ではない、と説明する部分（本文前掲）であり、ここでの議論につながるものはない。

(31)　私はそこで以下のように記述しておいた。「ボアソナードの方は承諾に公正証書ないしは確定日付ある証書を要求することによって、承諾自体に重みを与え、軽々な承諾によって債務者の負担が増加しないよう、保護のバランスを取っているのに対し、日本民法四六七条一項は、譲受人と債務者との間の対抗要件たる承諾には別段の方式を要求していないので、そこでいささか保護バランスが崩れた形になっていることに注意すべきである。」（池田・前掲「復権」一〇七〇頁）。

(32)　池田・前掲「復権」一〇六〇～一〇六四頁。

五　起草過程の検討

現行民法四六八条は、第七二回の法典調査会[1]で審議されたが、そのときの条数は第四七一条であり、原案は以下の

通りであった。

第四七一条 ①債務者カ留保ヲ為サスシテ前条ノ承諾ヲ為シタルトキハ譲渡人ニ対抗スルコトヲ得ヘカリシ事由アルモ之ヲ以テ譲受人ニ対抗スルコトヲ得ス但債務者カ譲渡人ニ払渡タルモノアルトキハ之ヲ取返シ、負担シタル債務アルトキハ之ヲ成立セサルモノト看做シ又自己ノ債務ト相殺スルコトヲ得ヘカリシ債権アルトキハ譲渡人ニ対シテ之ヲ行使スルコトヲ妨ケス

②譲渡人カ譲渡ノ通知ヲ為シタルニ止マルトキハ債務者ハ其通知ヲ受ケルマテニ譲渡人ニ対シテ生シタル事由ヲ以テ譲受人ニ対抗スルコトヲ得

そしてこの原案には、参照条文として、旧民法財産編三四七条二項、同五二七条、フランス民法一二九五条、オーストリア民法一三九六条、オランダ民法一四六七条、イタリア民法一二九一条、ポルトガル民法七七三条、七七四条、七七七条、スイス債務法一八九条、モンテネグロ民法六〇五条、六一八条、スペイン民法一一九八条、ベルギー民法草案一二九五条、ドイツ民法第二草案三四七条、三四九条、三五〇条、プロシア国法一部一一章四〇七条、同四〇八条、同四一二条乃至四一七条、同一六章三一三条乃至三一六条、ザクセン民法九七五条が、この順番で付記されている。[2]

会議では、まず、起草分担者とみられる[3]梅謙次郎委員が冒頭説明に入る。この部分は、正確を期すため、全文を引用しよう。

「本条ハ、既成法典ノ財産編第三百四十七条ノ第二項ト五百二十七条[4]トヲ合セマシタルモノト殆ド其趣意ヲ同ジク致シテ居リマス。三百四十七条ニハ「債務者ハ譲渡ヲ受諾シタルトキハ譲渡人ニ対スル抗弁ヲ以テ新債権者ニ対抗スルコトヲ得ス又譲渡ニ付テノ告知ノミニテハ債務者ヲシテ其告知後ニ生スル抗弁ノミヲ失ハシム」トアリマシテ是レデ一ト通リノ場合ハ宜シウ御座イマスガ、是丈ケノデ御座イマスト云フト一項ノ但書ノ場合ガ何トモ是デハ規定ガナイト云フモノデアリマス。且ツ外ノ場合ニ付テモ少シ簡単ニ過ギテ居ヤシナイカト思フノデアリマス。又五百二十七条ハ誠ニ明瞭デアリマスケレドモ、是レハ其相殺ニ付テ規定シタモノデアリマスカラ、一切ノ場合ニ此儘ノ文字デハ嵌リマセヌカラ、拠ロナク此二条ヲ合併シテ本条ノ規定ヲ設ケタノデ

アリマス。ドウモ此一項但書ノ如キハ頻ル複雑ニ渡ツテ甚ダ我々ノ望マナカッタノデアリマスケレドモ、既成法典ノ五百二十七条ノ場合ハ相殺ノ場合丈ケデアリマスカラ簡単ニ書ケタノデアリマスガ、一切ニ当嵌メ様トスルト斯ウ云フ様ニ書カナケレバナラヌノデ夫レデ複雑ナルヲ厭ハズ斯様ニ規定致シマシタ。(5)

要するに梅委員は、まず①本条は旧民法財産編三四七条二項と五二七条とを合わせたものと殆ど同じ趣旨のものであるといい、つぎに②旧民法三四七条二項は少し簡単すぎるし、同五二七条では相殺の場合だけを言っているので、一切の場合にあてはまるようにこの二カ条を合わせた、として、さらに③本条一項但書は、すこぶる複雑で我々の望まなかった規定なのだが、一切にあてはめようとするとこういうように書かざるをえなかった、というのである。問題点は既にこの三点の中に現れている。また、他の条文の趣旨説明の場合には雄弁に提案理由を語ることの多い梅委員が、ここでは当初から、原案の出来映えがいわば不本意なものであると語っていることを注目すべきであろう。

問題点の検討は後にまとめてすることとし、ここではまず、審議の経過を追っていくこととする。その過程から、起草者の見解がかなり明瞭になるであろう。

右の趣旨説明の後、まず磯部四郎委員から、「負担シタル債務アルトキハ之ヲ成立セサルモノト看做ス」というのは誰が負担した債務ということかと質問があり、それに答えて梅委員は、これはやはり債務者が負担した債務というつもりだと述べて、債務者が金銭債務を返済できないで、他の物で弁済すべく更改契約を結んだ例を挙げる。そして、その「消ヘテ居ル」もとの債権が譲渡され、債務者が「ドウ云フ考ヘデアツタカ知ラヌガ兎ニ角留保ヲ為サズシテ承諾ヲ為シタ、記憶ガ悪クツテワスレテ居ツタト云フ場合ニ」この規定によって債務者は譲受人と譲渡人に二重の義務を負うことになるが、「（債務者＝私、譲渡人＝磯部君とたとえて、）私ハ其場合ニハ譲受人ニ対シテハ義務ヲ負ハナケレバナラヌ。其代リ磯部君ニ約束シタ債務ハ之ヲ成立セザルモノト看做スコトヲ得ル。詰リ磯部君ノ方デモ更改シタ後ニ譲渡シタリ何カシタ多少過失ガアル。其過失ハ双方ニアルカラ其位ナコトハ許シテ宜シカラウト思フ斯ウ云フ考エデ

アル。」[6]と述べる。ここで注目しておくべきは、起草者は、一項但書の「負担シタル債務アルトキハ之ヲ成立セザルモノト看做ス」ことのできる根拠として、いったんなくなった債権を譲渡した譲渡人の過失を挙げていることである。

また、そこでいう、「当初の債権がいったん消滅している」ことについては、続く元田肇委員からの質問に対し、梅委員は、「消ヘテ居ルノデ消ヘテ居ルモノヲ譲渡人ハ譲渡シタ。譲受人ハ善意ニ譲受ケテ而シテ債務者ニ貴殿ハ誰某ニ対シテ此債務ヲ負フテ居ルカ承諾トスカル言ツタラ承諾スルト言ツタノデアルカラ、本来ヲ言ヘバ法律ガ新タナ義務ヲ負ハシタ様ナモノデアル。」[7]と答えている。ここでは、起草者が「譲受人善意」という要件を当初から考えていたことと、本条の法的性質について「法律が新たな義務を負わせたようなもの」と述べていることに注意しておく必要がある（これらの点については以下に繰り返して触れる）。

さらに、横田国臣委員から重ねて、「消滅してしまった債権を譲渡するということが本来道理からして宜しくないので、その場合は譲受人が譲渡人と（それを承諾した）債務者に対して損害賠償の請求権を持つとすべきではないか」という趣旨の質問をしたのに対し、梅委員は、「……一旦消ヘタモノガ活キルト言フノハ可笑イト云フノハ御尤デアリマスガ、夫レナラハ常ニ是レノミナラズ「譲渡人ニ払渡シタルモノアルトキハ之ヲ取返シ」ト云フコトモイカヌ。……弁済シテシマツタ夫レデ債権ハ消ヘテ仕舞ツタノヲ債権者ガ善意カ悪意カ知ラヌガ譲渡シタ。譲受人ハ善意デ譲受ケタ。此場合ニ於テハ無論明文ガナケレハ只今横田サンノ仰セノ通リ只純然タル損害賠償ニ止マル、ケレドモ損害賠償ハ無論取レマス無論取レマスケレドモ、損害賠償ト云フモノハ御承知ノ通リ後トカラ損害ヲ裁判官カ計ツテ是レハ此位損害ガアツタラウト言ツテヤルノデスカラ、不確実ノモノデアルト思フ。此場合ハ譲受人ノ方デ此位ノ損害ト云フコトハ知レ切ツテ居ル、有効ニナレバ損害ヲ受ケナイノデアルカラ、①其譲受ガ有効ニナレバ誰ガ損ヲスルカト言ヘバ債務者ガ損ヲスル。其債務者ハ自業自得デアル。私ガ債務者デアル債務者デアルト言ツタノガ悪ルイ。然ウシテ見レバ此債務者ニ義務ヲ負ハセルガ当然デアル。且又夫レガ債務者ト通謀デ然ウ云フコトヲヤツタト云フコトガ証

明サレレバ尚ホ夫レニ依テ譲受人ガ損害ヲ蒙ツタ損害ト云フモノハ無論明文ガナクテモ普通ノ損害ノ規定カラ債権者ニ向ツテ賠償ヲ当然求ムルコトガ出来ルガ、是レハ普通ノ損害ノ原則丈ケデハ或ハ法ガ足ラヌデアラウカラ、②債務者ガ私ハ債務者デ御座ルト言ツタノデアルカラ新タニ夫レ丈ケノ債務デ負ハセテモ差支ナイコトデアラウ。夫レデ斯ウ云フコトニナツテ居ル。③詰リ是レハ固ヨリ消ヘタモノヲ蘇生サスノデ、極厳確(ママ)ニ言ヘバ法律ガ新タニ債務ヲ負ハセルノデアル。」[8]と答えている。ここでは、起草者が、異議を留めない承諾によって一旦消えてしまった債権の復活があると考えていること、譲受人には善意という要件があると考えていること、が再度述べられているが、これに加えて、①②の表現が注目されねばならない。ここでは梅委員は、異議を留めない承諾によって抗弁が切断され、債務者が譲受人に対して義務を負う理由を、債務者が「私が義務者である、債務者であると言った」こと、すなわち自己が債務者たることを承認したという事実に求め、だからその債務者に債務を負わせてよい、「その債務者は自業自得である」と述べている。これは、明らかに禁反言の原則を念頭に置いた表現であり、そこでは、後の公信説のいう、「外観を信頼した譲受人の保護」という視点はまだ現れていないことに注意すべきである。加えて、その後の③では、「法律が新たに義務を負わせる」という構成を繰り返し述べている点も記憶しておきたい。

さらに議論は一項但書の表現について続けられ、意味をわかりやすく書き直すべきであるとか、但書を削除する案とかが出される。これに対して梅委員は、「一ツニ書キタクテ色々ニ工夫シタノデアリマスガ、我々ノ考ヘデハドウモ考ヘ付カナカッタ」「如何ニモ書キ様ハ悪ルイニ相違アリマスマイ。方々カラ御批難ヲ受ケテ虚心ニ考ヘテ見テモ不明瞭ト考ヘマスガ、我々ノ智恵ノ足ラヌ故カ良イ案ヲ見出シマセヌデ余程考ヘテ見マシタガ又色々ノ不都合ガアツテ不満足ト知リ乍ラ斯ウ云フ案ヲ出シテ甚ダ恐縮ノ至リデアリマス。」と、表現が不十分であることを認め、ほとんど平身低頭の応対をしている。ただし、横田委員から出された但書削除案に対しては、どうしてもそれではいけないとして、「但書がなければ不当利得の一般原則の問題になるが、それでは面倒になる、たとえば債権の目的物が金銭で

なかったような場合にはそれを評価しなければならず、裁判所で決めなければならないようなことになる」という趣旨の反論をしているが[9]、この不当利得に関する議論はさらに先に進んだところでまとめて行われるので、そこで再度触れよう。

次に元田委員から、本条一項但書の「負担シタル債務アルトキハ之ヲ成立セサルモノト看做シ」の「負担シタル債務」の部分について、要するに債務者Bが債権者Aに対して弁済する代わりにAが第三者Dに対して負担する債務を引き受ける形で更改した場合に、Aが原債権をCに譲渡し、これを債務者Bが異議を留めずに承諾するという趣旨の例を挙げて、これでも債務者の負担した債務が成立しないものとされるのかと問い、これを受けた梅委員は、そのような疑問が生じることに気付かなかったとして、「負担シタル債務アルトキハ」の前に、「譲渡人ニ対シテ」という文字を入れるよう原案を修正する[9]。

ついで磯部委員から、再度、更改によって消滅したような債権の譲渡の承諾は、目的物のないものを承諾した形であって、譲渡がそもそも不成立であり、譲受人は債務者の不注意で債権を失うことになるけれどもそれは損害賠償で処理すべきであって、「既ニナイモノデアルト極ツテ仕舞ツタモノガ是ガ譲渡ノ有効ニナルト云フ理由ハ一寸見出シマセヌ」との疑問が提出され、その後議論は本条一項但書末尾の、「又自己ノ債務ト相殺スルコトヲ得ヘカリシ債権アルトキハ譲渡人ニ対シテ之ヲ行使スルコトヲ妨ケス」の文言の検討に移る。これは既に前章および前々章にみたように、フランスでは一二九五条についての議論の中で異論なく認められていたことを規定したものであるが、内容の可否ではなく、規定を置くことの必要性が議論され、田部芳委員から、この部分は不必要であるとして削除案が出され、梅委員も最初は有ったほうが明瞭と主張していたが、結局これに賛成する[10]。

そして議論はもう一度但書と不当利得の関係に移る。梅委員は、質問に答えて再度但書を置く意味について以下のように述べる。

「何ゼ此但書ノ規定ガアルカト言ヘバ、①此場合ニハ必ズ譲渡人ニ詐欺ト過失（おそらく、「詐欺トカ過失」の誤記であろう―池田注）ガアル。夫レデ斯ウ云フ但書ガアツテモ宜カラウト思ヒマス。②第三者ハ丸デ知ラナイ。兎ニ角詐欺過失ノ本人デナイカラ然ウ云フ人ニ迄迷惑ヲカケルコトハ出来マセヌカラ、然ウ云フ場合ハ宜シク不当利得ノ原則ニ従フノデアリマス」[11]。

ここではまず傍点部①に注目したい。すなわち梅は、債務者の弁済なり更改なりによって一部なり全部なり既に消滅している債権を譲渡する譲渡人には、必ず詐欺（故意）とか過失があるのであって、但書はその譲渡人へのサンクションとして置かれているという趣旨を述べているのである。そして、傍点部②では、第三者（ここでは譲受人をさすと思われる）は善意であるならば損害を被らせえないので、債務者は譲渡人に不当利得の請求をしていくしかないというのである（ここでは「不当利得の原則に従う」と表現しているが、いわゆる不当利得の一般則ではない特則としてこの但書を考えていることはすでに引用したところから明らかである）。

これに対して、横田委員から、不当利得の一般則を使えばよいので但書は削除すべきとの再度の削除案が出され、他の数人の委員の賛成があり、梅委員は、不当利得の一般原則では、返還請求しうる額が実際の利得と損失の小さいほうで制限されることを例を挙げて説き（千円の債権を債務者が五〇〇円一部弁済したあとで債権者がこれを千円の債権があるとして九〇〇円で譲渡した場合には利得は四〇〇円なので、異議を留めない承諾をして譲受人に千円払わせられる債務者としては、四〇〇円しか返還請求できない等）、但書があればその例でも債務者は五〇〇円請求できると反論する。これに対してさらに磯部委員が、但書については、払渡したものを取り戻すのは不当利得で十分で、負担した債務を成立しなかったものとみなすのは、債権自体がなくなったのでその債権に原因して負担したものについては無原因のえきせっしょん（exception「抗弁」の意か――池田注）で譲渡人に対抗できるし、相殺の点も受働債権がなくなったので当然自己の債権を請求していくだけのことになる、ということで、すべて但書は不要と主張する。これに対する梅の答弁は、以下の通りである。第一章に紹介した石坂説との対比で読むと興味深い点もあり、重要な点

もあるので、主要部分をそのまま引用しよう。

「但書ノ場合ハ既ニ債権ガ消滅シテ居ルノデアルカラ債務ヲ負担シテモ成立タヌカラ成立タヌト言ヘバ宜イト云フコトデアリマスガ、然ウデナイ。是レハ先キニ弁済シテ仕舞ツタ其弁済シタトキハ成立ツテ居ツタ。其返済ハ成立ツテ居ツタ。其債権ヲ消滅セシムル時ニ更改ヲシテ夫レデ債務者ガ又新タノ義務ヲ負フタ。然ルニ夫レヨリ後債権者ガ既ニ消ヘタ債権ヲ尚ホ成立シテ居ルモノノ如クニ他人ニ売ツタ。其売ツタ向フノ相手ノ人ガ債権者（「債務者」の誤記であることは前後の文脈から明らか―池田注）ノ所ニ来テ貴殿ハ何某ニ是レ々々ノ債務ガアルト云フコトヲ聞イタガ本当デアルカ、本当デアル、夫レデ承諾スルカ、承諾スルト言ツタ。此場合ニ若シ明文ガナカツタラドウナルカ。若シ明文ガナケレバ初メノ弁済又ハ更改ト云フモノハ固ヨリ有効デアツテ、③後ノ譲渡ト云フモノハ債権ノアルノニ（「ナイノニ」の誤記であろう―池田注）譲渡ヲシタト云フコトデアルカラ無効デアル。夫レデ譲受人ニ損害ヲ加ヘルト云フノデ本条ガ出来タ。④若シ前ノ弁済モ有効更改モ有効後ノ譲渡モ有効ト云フコトニナツテハ債務者ハ二重ニ義務ヲ負フタリ払ツタリシナケレバナラヌカラ夫レデハイカヌト云フノデ不当利得ノ問題ガ起ル。⑤明文ガナケレバ不当利得ノ原則ニ依テナケレバ（「依ラナケレバ」の誤記であろう―池田注）ナラヌ。前ノ弁済ハ固ヨリ有効デアツタ。只後ノ譲渡ト云フモノガ不当デアツタ。其譲渡ニ依テ利得シタノガ不当ノ利得デアルカラ、其代価ガ安カツタナラバ安カツタモノニ付テシカ利得シテ居ラヌ。夫レデアルカラ横田サンノ例デ五百円払ツテ後ト五百円残ツタ。即チ金千円ノモノヲ九百円ニ売ツタ。五百円ハ債務者ガ払フベキ義務ガアル夫レハ仕方ガナイ、ケレドモ前ニ払ツタ五百円ヲ二度払ヲスル訳ハナイ、前ニ払ツタノハ有効デアルカラ若シ明文ガナケレバ債権者ニ対シテ不当ノ利得シカ請求ガデキヌ債権者ハドレ丈ケ不当ニ利得シタカト云フト四百円丈ケ利得シタノデアル。夫レ丈ケ申シテ置キマス」。[12]

つまり、梅委員は、傍点部③で、消滅した債権を譲渡されて譲渡が無効とされて譲受人に損害を与えてはならない、というのが四六八条本文の抗弁切断効を規定する理由であると述べ（ここには譲受人保護の配慮がある）、④では、しかし前の弁済も有効で後の譲渡も有効だと債務者が二重払いしなければならないのでそれではいけないから不当利得を考える（ここは債務者保護）。そして⑤以下では、けれども不当利得の一般原則でいけば（先の例を繰り返して）利得と損失の小さいほうで制限されるから債務者が損失の全部を回収できないおそれがあるから但書が必要である、

と述べるのである（ここで債務者に損失の全部を回収させようとする発想の基本には先に指摘した譲渡人へのサンクションがあることは明らかである）。

これを受けて磯部委員が、再度、但書のような既に払渡した債務について債権譲渡がありそれを異議を留めずに承諾するというケースは、「実際ニハ千ニ一ツ望ムベカラザルコトデ殆ド然ウ云フ例ハナイ」として、実益がないから削除が相当と主張した[13]ところで採決となり、但書削除に賛成するもの少数として、現行の但書の形が原案として採択され、そのまま閉会となるのである[14]。

以上の議論から、起草者の見解をとりあえずまとめておくと、まず四六八条一項の規定それ自体は旧民法財産編三四七条二項と五二七条とを合わせたものと殆ど同じ趣旨のものと基礎づけられていること、その異議を留めない承諾が持つ抗弁切断効については、法律が新たに義務を負わせるようなものとして、一種の法律の定める特別の効果として考えられていること、そこでは異議を留めない承諾の法的性質（意思表示か観念の表示か）は明確には論じられていないこと、異議を留めない承諾によって抗弁が切断され、債務者が譲受人に対して義務を負う理由を、第一義的には債務者が「私が義務者である、債務者であると言った」こと、すなわち自己が債務者たることを承認したという事実に求めていること、そして他方、譲受人はそれを善意で信頼したのだから保護されるべきだ、という発想もあり（ただし後代の学説がいう取引の安全の重視による譲受人の徹底した保護の発想までは、この議論からは明確には感じとれない）[15]、条文には明記されていない譲受人善意の要件は起草者は当然に前提としていたこと、さらに但書については、このような（債務者にとって抗弁事由のある）債権を譲渡した譲渡人の詐欺的行為あるいは過失に対する法的サンクションがかなり考慮されていたこと、不当利得的な構成であるが不当利得の一般原則ではない特別な規定と位置づけられていたこと、承諾した債務者の過誤、譲渡した譲渡人の故意あるいは過失、および譲受人の善意という三当事者の態様とその利益状況がうまくバランスをとれるよう、苦心された規定であること、等を挙げることができよう。

これらを前章までの考察と合わせ考えると、四六八条一項本文は、基本的な構造としては、「無留保の承諾という債務者の行為に対し、そこに債務承認あるいは抗弁放棄があったものとみなして抗弁切断効を付与する」というフランス民法およびボアソナード旧民法の基本形を、大きな変更なく継受しているものと見られるであろう。またその但書については、原案の中で法典調査会で削除された、債務者は相殺することをうべかりし反対債権については譲渡人に対して行使しうるとの部分が実はフランス民法以来の当然に考えられた部分であり、前章に見たボアソナードのプロジェ財産編五四九条三項の規定ほぼそのままと考えてよいが、残った部分は沿革からしてもいささか異色である。しかし、オーブリ＝ローやボードリーラカンチヌリらが、譲渡人の免除等があったときは、異議を留めない承諾をした債務者は譲渡人に損害賠償請求ができるといっているのは、但書の検討の参考になりうると思われるし、直接的には、右のボアソナード草案、ことにその最初の草案の財産編五五〇条一項但書の規定が、この但書の規定にかなり類似することを指摘出来よう。この点はさらに立法資料等を渉猟していずれ再論したい。

なお、梅委員はその和仏法律学校での講義録の中では、この異議を留めない承諾を意思表示であるとしていることを参考のため付記しておこう。[16]

(1) 第七二会法典調査会は、明治二八年三月二二日午後五時四分に開会される。学術振興会版法典調査会議事速記録二二巻一一九丁以下。

(2) 学振版法典調査会議事速記録二二巻一六五丁。原案の①②は池田の付したもの。なお、この参照条文は、一般には参照度（類似度）の高いものから掲げられているようである。実際、ここでの参照条文の中で、異議を留めない承諾に一切の抗弁の切断の効果を認めているのは最初の旧民法財産編三四七条二項のみであり、また同じく相殺の抗弁の切断を認めているのも、二番目のフランス民法一二九五条と、これに倣ったイタリア民法（旧法）一二九一条およびスペイン民法一一九八条一項、ポルトガル民法七七三条くらいである。その他の参照条文は、とくに異議を留めない承諾の効果として特別なものは規定せず、逆に譲渡による抗弁の接続を規定するもの（スイス債務法一八九条＝一九三六年改正後の一六九条）等がある。そして、三番

目に掲記されるオーストリア民法一三九六条は、「債務者が譲渡された債権の譲受人に対し正当と承認したときはその譲受人を自己の債権者として認めることを要する」との趣旨を規定するが、この規定は必ずしも文言上の意義が明瞭でないものの、一般に「債務の承認」を定めたものとされ、同じく二〇番目のプロイセン国法一部一一章四一二条も、より明確に、「債務の承認」を定めたものとされ、後二条については、石坂・前掲論文・法学新報二四巻六号二八頁参照。

(3) 福島正夫編・明治民法と穂積文書五四頁の民法原案起草分担表参照。周知のように、明治民法は、三人の起草委員の「分担起草・合議定案」で作成されたが（「民法法典編纂事情を聴く座談会」法律時報一〇巻七号六五二頁の仁井田益太郎発言参照）、実際には、分担起草の担当者の特徴がかなり出ているようである。この点については、改めて詳細な分析をなすべきであろうが、おおまかにいえば、梅委員の起草部分にはフランス民法の影響が強く現れ、富井委員の起草部分にはドイツ法の影響が強いように感じられる。また、穂積委員の起草部分は総花的な比較法が行われている傾向がある（例えば穂積委員起草担当の弁済の款では、債権準占有者に対する弁済を規定する民法四七八条と、受取証書持参人に対する弁済を規定する民法四八〇条が例として掲げられる。前者は完全にフランス民法系の規定でドイツ民法にはないのに対し、後者はドイツ民法にあってフランス民法にはない）。

(4) 学振版法典調査会議事速記録では、ここが五百三十七条となっているが、明らかにミスタイプである。引用部分でもその後では五百二十七条としてあり、また直前に記載されている参照条文のところでも「（財）五二七」としてある。

(5) 学振版法典調査会議事速記録二二巻一六五丁。引用にあたって、一部の旧漢字を現代漢字に改め、読みやすさのために濁点と句読点を施した。以下の引用についても同様である。

(6) 学振版法典調査会議事速記録二二巻一六六丁。引用部分の傍線は池田。

(7) 学振版法典調査会議事速記録二二巻一六七丁。

(8) 学振版法典調査会議事速記録二二巻一六九丁。引用部分の傍点および①～③の挿入は池田（以下の引用部についても同様）。

(9) 学振版法典調査会議事速記録二二巻一七二丁参照。

(10) 学振版法典調査会議事速記録二二巻一七四～一七七丁参照。

(11) 学振版法典調査会議事速記録二二巻一七七丁参照。

(12) 学振版法典調査会議事速記録二二巻一八一～一八二丁参照。

(13) 学振版法典調査会議事速記録二二巻一八二丁参照。確かにこの磯部委員の発言のように、弁済されて消滅した債権を未だ

存在するものとして譲渡し、かつ債務者がこれを異議を留めずに承諾するという二重の過誤（あるいは故意と過失）のあるケースは、常識的には稀少と思われるのであるが、実際には、周知のように昭和五年から同一五年までの一一年間に、大決昭和五年四月一一日新聞三一八六号一四頁、大決昭和七年九月一〇日新聞三四六〇号一五頁、大決昭和八年三月三一日民集一二巻五三三頁、大決昭和八年八月一八日民集一二巻二一〇五頁、大決昭和九年一一月九日民集一三巻二〇六二頁、大判昭和一一年三月一三日民集一五巻四二三頁、大判昭和一五年一二月二四日新聞四六七九号六頁等の判例が連続的に出て、「異議を留めない承諾と抵当権の復活」という問題が一つの論点とされるようになる。この問題については別稿で詳細に論じたいが、ただ、この時期にのみ集中的に判例が現れた社会的背景を検討した上で議論する必要があるように思われることを指摘しておきたい。

(14) 学振版法典調査会議事速記録二二巻一八二～一八三丁参照。当日（明治二八年三月二二日）の閉会は午後九時一八分。

(15) この点、安達・前掲論文（一）は、本稿の引用したのと同様な箇所を引いて、「以上要するに四六八条の起草者たる梅博士が同条一項をもって、譲受人を保護し取引安全をはかるための規定として考えていたと見て差し支えないであろう」「旧民法の三四七条及び五三七条の規定は、フランス民法一二九五条の規定と実質的に大きな開きはなかったといってよく、そこには取引安全の趣旨が全くなかったといえないにしても、少なくとも大きな意味は持っていなかったのである」「かようにして、民法四六八条一項の起草者は、旧民法の規定を形の上で借用しつつも、取引安全のための制度として、実は換骨奪胎したものであることが明らかである」と述べる（安達・前掲論文九五～九七頁）。旧民法までの規定が「取引安全の趣旨が全くなかったといえないにしても、少なくとも大きな意味は持っていなかった」と見るのはまさに正当と思われるが、その前後の、「梅博士が四六八条一項をもって譲受人を保護し取引安全をはかるための規定として考えていた」「起草者は、旧民法の規定を形の上で借用しつつも、取引安全のための制度として、実は換骨奪胎したものであることが明らかである」という表現には、私見は、あまりにも偏った理解として賛同できない。いずれの理解が適当か、読者諸賢には両論文と原資料の比較検討を期待したい。

(16) 梅謙次郎・民法原理（債権総則）（和仏法律学校発行・刊年不明）は、そもそも四六七条の承諾につき「承諾の意思表示」と明言する。同書六八三頁および六八八頁参照。